



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Graduação em Direito

ENIO CASTRO ASSIS

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL Nº 470 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília
2013

ENIO CASTRO ASSIS

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL Nº 470 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão de bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UNICEUB

Orientador: José Carlos Veloso Filho

Brasília
2013

“Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)”

Rui Barbosa

RESUMO

A presente pesquisa busca, primeiramente, o estudo da teoria do domínio do fato frente à teoria geral do concurso de pessoas e sua possível aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Após a correta fundamentação teórica geral acerca do tema parte, em específico, à análise da utilização da referida teoria como meio fundamental de imputação de autoria dos acusados da Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal e suas peculiaridades, sempre correlacionando com o entendimento doutrinário mais recente em relação ao tema.

Palavras-chave: “Concurso de Pessoas” “Teoria do Domínio do Fato”, “AP 470/STF”, “Mensalão”, “Domínio Funcional da Ação”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. CONCURSO DE PESSOAS.....	7
1.1 CONCEITO.....	7
1.2 TEORIAS DO CONCURSO DE PESSOAS.....	8
1.2.1 Teoria monista ou unitária.....	8
1.2.2 Teoria dualista.....	9
1.2.3 Teoria pluralista.....	10
1.3 DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	11
1.3.1 Critério extensivo do autor.....	13
1.3.1.1 Critério subjetivo.....	13
1.3.2 Critério restritivo do autor.....	14
1.3.2.1 Critério formal-objetivo.....	15
1.3.2.2 Critério material-objetivo.....	16
1.3.2.3 Critério final-objetivo.....	17
2 DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	17
2.1 CONCEITO.....	17
2.2 DA AUTORIA.....	20
2.2.1 Autoria direta.....	22
2.2.2 Autoria intelectual.....	24
2.2.3 Autoria mediata.....	25
2.2.4 Coautoria.....	28
2.3 DA PARTICIPAÇÃO.....	29
2.3.1 Princípio da acessoriedade da participação.....	30
2.3.2 Das espécies de participação.....	31
2.6 DAS CRÍTICAS.....	33
3 DA AÇÃO PENAL 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	35
3.1 BREVE SÍNTESE DO CASO.....	36
3.2 DA DENÚNCIA.....	38
3.3 DA DEFESA.....	41
3.4 DO ACÓRDÃO.....	42
3.4.1 Do domínio do fato como fundamento para a imputação de autoria dos réus.....	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Como bem dizia Aristóteles, o homem é um “animal cívico”, um ser eminentemente social (2011, p. 1253a). Dada esta característica, é certo dizer que ele possui a necessidade de estar inserindo em um meio, independentemente das consequências que este venha a produzir em sua esfera particular. Este ímpeto de associar-se decorre da imprescindibilidade da ajuda recíproca, ou seja, satisfação e proteção de seus anseios cotidianos.

Incrivelmente, ou infelizmente, essa peculiaridade se faz presente até em situações que deviam causar um sentimento opróbrio. O homem, talvez com o intuito de tornar uma conduta, digna de vexa, aceitável em seu íntimo, compartilha com outrem a sua culpa e aspira a razoabilidade de seu ato. Apresentada esta vicissitude, tem-se que a lei penal, em sua máxima de prescrever possibilidades de fatos como delituosos, criou a figura do concurso de agentes, onde há imputação de sanção àquele que concorre para a violação da ordem.

Considerando o aspecto acima descrito, a presente pesquisa visa estudar não apenas a conduta do agente que atua pragmática e diretamente para consecução do crime, mas também a daquele que concorre diretamente para a ocorrência do resultado. A partir daí, ao analisar o fenômeno destacado, temos que conceitualmente mirar-se-á o exame da teoria do domínio do fato, entendimento desenvolvido na Alemanha, que apresenta-se como notório fundamento de imputação de autoria e concebe as diferenças entre o autor, o coautor e o partícipe de modo alternativo à doutrina clássica (embora por si só não seja teoria nova, uma vez que foi desenvolvida em meados dos anos 1950) (BITENCOURT, 2011, p. 422).

Entretanto, deve-se observar que o direcionamento do trabalho não será para análise da teoria em seu plano meramente abstrato. Buscar-se-á, por meio deste, compreender a sua aplicação ao recente caso denominado “Mensalão”, ou, em termos formais, Ação Penal 470, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, haja vista sua relevância e seu posto central nas recentes discussões acerca da referida teoria.

O processo que se encontra na Corte Suprema se refere ao julgamento de 40 réus, entre ex-integrantes do alto escalão do Governo Federal, membros do Partido dos

Trabalhadores, empresários e funcionários de empresas públicas e privadas, acusados de, através de uma complexa organização criminosa, promover o desvio de verbas públicas no intuito de comprar apoio político aos projetos do Governo no Congresso Nacional (BRASIL, 2012, p. 5.642).

Antes de mais nada, importa ressaltar que a referida Ação Penal não se encontra transitada em julgada, uma vez que contra o Acórdão condenatório foram opostos Embargos Infringentes, os quais foram julgados procedentes, garantindo uma nova apreciação de mérito a doze dos vinte e cinco réus condenados. Entretanto, tendo em vista a relevante posição do julgado como principal ensejador de recentes discussões jurídicas acerca do tema, sua análise se torna importante frente à peculiaridade em que a teoria do domínio do fato é aplicada no cotejo do caso em questão.

Portanto, o cerne da pesquisa recai sobre a controvérsia quanto à condenação dos réus, utilizando-se como fundamento principal de imputação de autoria a amplitude de domínio que o indivíduo acusado possuía sobre o fato delituoso. Para tanto, buscar-se-á, primeiramente, um perfeito entendimento acerca da teoria do concurso de pessoas, deslindando suas principais subteorias, dentro das quais se instala a teoria do domínio do fato.

Seguindo, então, a evolução lógica do raciocínio jurídico, passar-se-á ao estudo aprofundado acerca da teoria do domínio do fato em si, de maneira a melhor compreender seus preceitos bem como sua amplitude e seus eventuais limites de modo a assentar as bases teóricas para, enfim, passar à análise do caso concreto em questão.

A metodologia utilizada será essencialmente a dogmática-instrumental, utilizando-se, portanto, da visão dos principais doutrinadores, por meio de artigos e obras literárias. Observar-se-á, também, a legislação nacional vigente acerca do tema de modo a fomentar a discussão acerca de sua aplicabilidade ao caso em questão.

1. CONCURSO DE PESSOAS

Com intuito de melhor compreender a aplicabilidade da chamada teoria do domínio do fato, deve-se, antes de mais nada, haver uma elucidação acerca de como o Direito Penal brasileiro entende o concurso de pessoas tanto em seu arcabouço normativo quanto no entendimento de alguns dos seus principais doutrinadores. Faz-se, portanto, premente, iniciar a pesquisa deslindando este tópico de maneira a incentivar a correta evolução do raciocínio jurídico.

1.1 CONCEITO

O tipo criminoso, tal como contido no Código Penal Brasileiro, é normalmente praticado por um único autor, entretanto, como em qualquer outro setor da vida, pode também ser praticado por vários agentes concorrendo para o mesmo acontecimento (ZAFFARONI, 2011, p. 573).

Nesses casos, o fato criminoso é consequência da ação concorrente de sujeitos distintos, criando o chamado *concursus delinquentum* ou concurso de pessoas (BITTENCOURT, 2008, p. 414).

Segundo entendimento de Guilherme de Souza Nucci, consoante com o de Damásio E. de Jesus (2011, p. 407), acerca do concurso de pessoas:

Trata-se da cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal. Chama-se, ainda, em sentido lato, coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, cumplicidade.” (2012, p. 374).

Conforme Nelson Hungria, ainda sobre o assunto:

O crime, do mesmo modo que o fato ilícito, tanto pode resultar da ação (ou omissão) isolada e exclusiva de uma só pessoa, quanto de uma conduta coletiva, isto é, da cooperação (simultânea, ou sucessiva) de duas ou mais pessoas. Se essa se conjugam livremente, ou se há voluntária adesão de umas às outras, visando todas ao mesmo resultado antijurídico, ou, pelo menos, querendo a ação conjunta de que era previsível derivar-se tal resultado, não pode suscitar dúvida, do ponto de vista lógico-jurídico, que o crime seja, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, ainda que qualquer das atividade

individuais, considerada em si mesma, não fosse bastante para produzi o *effectus sceleris* (1980, p. 256)

Neste sentido, C  zar Roberto Bittencourt ressalta:

As razões que podem levar o indivíduo a consorciar-se para a realiza  o de uma empresa criminosa podem ser as mais variadas: assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais. (2011, p. 414)

A a  o conjunta ou coordenada na realiza  o do fato criminoso pode ocorrer desde a elabora  o intelectual até o momento da consuma  o do crime (BITTENCOURT, 2008, p. 415), tendo em vista tal heterogeneidade de condutas, faz-se importante a discussão sobre a correta distin  o da modalidade de a  o delituosa bem como o raio de responsabilidade do agente cooperador do fato t  pico (OLIVÉ, 2011, p. 536).

1.2 TEORIAS DO CONCURSO DE PESSOAS

Como bem dispõe Esther de Figueiredo Ferraz:

Embora contribuam os copart  cipes com as respectivas condutas para a realiza  o do resultado t  pico, não o fazem da mesma maneira nem em idênticas condi  o  es. Assim, ao passo que um ou alguns dos agentes executam o ato material, característico da infra  o, limitam-se outros a determinar, a instigar, a auxiliar física ou moralmente o executor ou os executores, praticando atos que, em si mesmos considerados, não são necessariamente relevantes do ponto de vista penal. (1976, p. 26)

Frente tal fato, verificou-se na doutrina uma divergência acerca do estabelecimento, no caso de concurso de pessoas, quanto    existência de um ou mais delitos e    responsabiliza  o dos agentes infratores. Tr  s teorias se destacam acerca do assunto: a teoria monista ou unitária, a teoria pluralista e a teoria dualista.

1.2.1 Teoria monista

Trata-se de teoria amplamente aceita entre os doutrinadores da Escola Clássica. Também chamada de unitária, não faz ela qualquer distin  o entre partícipe, coautor e autor.

Fundamenta-se na unidade do crime, “não constituindo obstáculos a pluralidade de agentes e diversidade de condutas” (NASCIMENTO, 1999, p. 49).

Para Julio Fabrini Mirabete, segundo a concepção da teoria monista:

o crime, ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. Não se distingue entre várias categorias de pessoas (autor, partícipe, instigador, cúmplice etc.), sendo todos autores (ou coautores) do crime. (2013, p. 224)

[...]

Dessa regra se deduz que “toda pessoa que concorre para a produção do crime causa-o em sua totalidade e, por ele, se imputa integralmente o delito a cada um dos partícipes”. (ANTOLISEI, 1960, p. 395 *apud* MIRABETE, 2013, p. 224)

Em igual entendimento, Esther Ferraz ressalta que, para a teoria monista, o delito com concurso de pessoas “não se fraciona em uma série de crimes distintos. Ao contrário conserva-se íntegro, indiviso, mantendo sua unidade jurídica à custa da convergência objetiva e subjetiva das ações dos múltiplos participantes” (1976, p. 29).

Nucci, adiante, conclui: “Nesse caso, portanto, todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime. É a teoria adotada, como regra, pelo Código Penal Brasileiro (Exposição de Motivos, item 25)” (NUCCI, 2011, p. 374).

Percebe-se, então, que na teoria monista a figura do partícipe não se trata de figura acessória do crime, este será sempre tratado como coautor e penalmente responsável pela integralidade do ato criminoso (PRADO, 2011, p. 465).

1.2.2 Teoria dualista

A teoria dualista, por sua vez, sustenta que a participação em um crime pode ser dividida em primária e secundária, devendo haver um tipo único para o agente principal, o autor, e outro distinto para o agente acessório, o partícipe (FERRAZ, 1976, p. 30).

Segundo César Roberto Bittencourt em consoante entendimento ao de Luiz Régis Prado (PRADO, 2011, p. 466):

Para essa teoria há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outra para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. Assim, os partícipes se integram ao plano criminoso, porém não desenvolvem um comportamento central, executivamente típico. (2008, p. 417)

Entende Nelson Hungria, no entanto, que tal teoria é absolutamente contrária à lógica, afirmando, ainda, “ser impossível a pluralidade ou dualidade de crimes onde existe uma conjugação de vontades e causas para o mesmo e um único resultado” (1958, *apud* NASCIMENTO, 1999, p. 51).

Em sentido semelhante, critica Mirabete: “Deve-se relembrar, entretanto, que o crime é um só fato e que, por vezes, a ação do executor é menos importante que a do partícipe (casos de mandato, de coação resistível etc.). Ademais, a teoria não se ajusta aos casos de autoria mediata” (2013, p. 225).

1.2.3 Teoria pluralista

Para essa teoria, na pluralidade de agentes, cooperando com diversas condutas para a realização de um único resultado, cada sujeito responde por um crime distinto com características próprias (NUCCI, 2011, p. 374).

Luiz Régis Prado fala sobre a teoria pluralista, destacando que a ação do partícipe constitui um elemento de um tipo criminoso independente do cometido pelo autor. Prado diz:

[...] para essa teoria, de caráter subjetivo, a participação é tratada como autoria ou crime autônomo. Cada qual realiza uma ação, à qual corresponde um evento e há um vínculo psicológico igualmente próprio. Considera-se cada partícipe, de forma autônoma, como autor; ou a participação é tratada como delito *sui generis*. Aos diversos delitos, seus diversos autores (PRADO, 2011, p. 466).

No entendimento de Esther de Figueiredo Ferraz:

Essa teoria leva logicamente à abolição das formas de concurso criminoso, nada existindo além de simples concomitância de vários crimes diversos e independentes. Em outras palavras: cada um desses crimes autônomos,

vinculados apenas por uma relação de simultaneidade, tem seu autor único e exclusivo, não havendo consequentemente lugar para a cumplicidade (1976, p. 30).

Embora não seja, em regra, a teoria cujos princípios regem o Código Penal Brasileiro (DAMÁSIO, 2011, p. 407). Importa observar que existem hipóteses nas quais o referido estatuto repressivo se utilizou da teoria pluralística, constituindo a conduta de terceiro como crime diverso. Damásio elenca alguns exemplos, vejamos:

1º) O art. 124 do CP, em sua 2ª parte, descreve o fato de a agente consentir que outrem lhe provoque aborto, enquanto o art. 126 define a conduta de “provocar aborto com o consentimento da gestante”. Se excluirmos o art. 124, 2ª parte, a gestante será coautora ou partícipe do crime descrito no art. 126; se excluirmos o art. 126, o agente provocador será partícipe ou coautor do fato descrito no art. 124, 2ª parte. Todavia, a lei penal descreve dois crimes distintos quanto, pela adoção do princípio unitário, deveria existir crime único.

2º) O agente casado que contrai novo casamento responde por bigamia (art. 235, *caput*). E a mulher solteira que contrai matrimônio com o agente casado, conhecendo a circunstância impeditiva? Deveria responder como coautora pelo fato descrito no *caput* do art. 235. Todavia, a sua conduta se amolda à descrição legal do § 1º (infração automotiva).

3º) Crimes de corrupção ativa e passiva (CP, arts. 333 e 317).

4º) Falso testemunho e corrupção de testemunha (arts. 342 e 343). (2011, p. 408).

Uma vez discutidas as teorias utilizadas como base para a fundamentação do concurso de pessoas, insta investigar a distinção entre autoria e participação e seus aspectos mais importantes, frente a doutrina vigente.

1.3 DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

A teoria monista é, via de regra, a adotada pelo atual Código Penal Brasileiro (NORONHA, 2009, p. 347). Ao determinar, em seu art. 29 “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” adota-se visivelmente postura igualitária em relação ao tratamento empregado ao autor e partícipes (BRASIL, 1940).

Não obstante, com a reforma de 1984 do Código Penal, foi acrescentada ao *caput* do artigo a expressão “na medida de sua culpabilidade”, tal medida subjetivou a interpretação e abriu a possibilidade da distinção entre autoria e participação. (MIRABETE, 2013, p. 224).

Adiante, em seus §§ 1º e 2º, também adicionados na referida reforma, o artigo ainda expressa:

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940).

Por mera leitura nota-se a vontade do legislador de subjetivar a conduta dos agentes cooperativos de um delito, para Eugênio Raul Zaffaroni o enunciado do art. 29, após as modificações de 1984 não tenta mais igualizar a conduta dos agentes. Para o doutrinador não se pode mais apreender do enunciado que todos os que promovem o delito são autores, e sim, que todos os concorrentes possuem, em princípio, a mesma pena estabelecida ao autor (ZAFFARONI, 2011, p. 573).

Sobre o tema disserta César Roberto Bittencourt:

Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária etc.. A Reforma Penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação (2008, p. 417)

Julio Fabrini Mirabete, ao analisar a questão, acrescenta:

Sensível às críticas da teoria monista, porém, e em face de decisões reconhecidamente injustas, o legislador procurou regras precisas para distinguir a autoria e participação, como se reconhece na exposição de motivos da Lei n. 7.209 (item 25). Enquanto a manutenção da teoria monista se impõe como exigência de certeza, de justiça e de segurança, a referência à culpabilidade é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica cláusula salvatória contra os excessos que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante do disposto no artigo 29 do Código Penal (2013, p. 224).

Da possibilidade de diferenciação das condutas, surge, então, a necessidade de se esclarecer os fenômenos e critérios ligados à distinção da autoria e da participação no concurso de pessoas (RAMOS, 1996, p. 104).

A doutrina amplamente afirma a existência de duas correntes ou critérios de interpretação da problemática existente na diferenciação entre autoria e participação, quanto à sua natureza. São os critérios extensivo e restritivo do autor.

1.3.1 Critério extensivo do autor

O critério extensivo baseia-se na teoria causalista da ação. Para ele a causalidade deve ser levada às últimas conseqüências. ou seja, se a essência da autoria é a causalidade, ou se autor é aquele que tiver causado um resultado penalmente relevante, todos os que concorrem na realização de um injusto devem ser seus autores (RAMOS, 1996, p. 105).

Segundo Beatriz Vargas Ramos a respeito das origens do critério extensivo:

[...] foi o no Código norueguês de 1903 que se deu plena realização à idéia de que não há necessidade de se sistematizar ou disciplinar o fenômeno da diversidade de condutas na produção de um mesmo delito, já que o fundamento da punição dos diversos concorrentes é exatamente o nexo de causalidade, contido em cada um dos tipos da parte especial, que os iguala, unindo-os na mesma cadeia causal, em direção ao mesmo resultado (1996, p. 105).

Deve-se, então, perceber que para o critério extensivo do autor o instigador e o cúmplice são igualmente autores, já que não distingue a importância da contribuição causal de uns e outros. As normas que especificam a conduta de cada um deverão ser consideradas meras causas de diminuição de pena (ZAFFARONI, 2011, p. 574).

Uma vez que, para o critério extensivo do autor, a causalidade deve ser entendida como condição *sine qua non* (BATISTA, 2004, p. 32), percebe-se que tal fato impossibilita qualquer distinção baseada em critérios objetivos. Em consequência, faz-se necessário estabelecer a distinção com cerne em juízos internos do julgador, ou seja, em critérios estritamente subjetivos, por essa razão o critério extensivo do autor vem sempre unido ao chamado critério subjetivo da participação (BITENCOURT, 2011, p. 421).

1.3.1.1 *CrITÉrio subjetivo*

De acordo com o critério subjetivo da participação, a distinção entre autor e partícipe está no fato que o primeiro atua com vontade de autor (*animus auctoris*), e deseja a ação como própria, enquanto o segundo atua com vontade de partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice, e deseja a ação como alheia (RAMOS, 1996, p. 106).

Nilo Batista, sobre o tema, expõe:

Tal critério arranca, em verdade, da suposição de que, em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, seja impossível estabelecer objetivamente qualquer diferença entre autor e partícipe, e que portanto essa diferença só alcança revelar-se mediante uma investigação subjetiva (BATISTA, 2004, p. 67).

No entanto, tal posicionamento não se mostrou eficaz para a elucidação de casos concretos, Zaffaroni incisivamente critica:

Esse critério subjetivo de distinção foi usado pela jurisprudência alemã, onde ainda persiste, e conduziu a soluções totalmente absurdas. Assim, afirmou-se que um assassino profissional contratado num país estrangeiro, que fora enviado para matar asilados croatas com uma pistola de gás venenoso, não era autor, porque não queria o fato como seu, pois o interesse pelo resultado pertencia à potência que o enviava; afirmou-se que a irmã da parturiente que, a pedido desta – prostrada e sem forças – afogou o recém-nascido na banheira, não era autora, e sim, cúmplice, porque não queria o fato como seu, nem tinha interesse pessoal no seu resultado. A observação mais superficial indica indefensabilidade desta posição (ZAFFARONI, 2011, p. 576).

Como bem dispõe Zaffaroni, a instituição de um caráter exclusivamente subjetivo para a distinção de autoria pode gerar distorções imperdoáveis no curso de uma instrução criminal. Tal posição não deve ser adotada, em face da existência de melhores opções.

1.3.2 **CrITÉrio restritivo do autor**

Por outro lado, para o critério restritivo, o autor é o indivíduo que realiza a conduta típica descrita no enunciado da lei penal, em outras palavras, é o que pratica o verbo núcleo do tipo (ex.: mata, subtrai, falsifica etc.). Todos os demais agentes que, de alguma forma,

concorressem ao crime, mas que não concretizassem a conduta narrada pelo verbo do tipo deveriam ser considerados partícipes (GRECO, 2010, p. 485).

Para tal teoria, em contraponto ao que afirma o conceito extensivo do autor, nem todo indivíduo que possui certo grau de nexos de causalidade realiza o tipo penal, haja vista que, nas palavras de Bitercourt, “causação não é igual a realização do delito” (BITENCOURT, 2010, p. 420).

A respeito do tema, Zaffaroni diz:

Rejeitado o conceito extensivo de autor, resta-nos subscrever o conceito restritivo, que na verdade é assim impropriamente chamado, pois procura ser o critério ôntico, real, de autor. Segundo este conceito, é autor aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a cumplicidade e a instigação formas de extensão da punibilidade. Essa é a teoria que se impõe à luz de nossa legislação, porque de outro modo não se explica a razão pela qual a lei se ocupa dos que participam (§ 1º do art. 29), de forma especial, visto que, a ser certo o chamado conceito extensivo, a previsão estaria sobrando (ZAFFARONI, 2011, p. 576).

Porém, como afirma Rogério Greco, “realizar a conduta típica é objetivamente distinto de favorecer a sua participação” (GRECO, 2011, p. 485). Parte daí a necessidade de critérios perfeitamente objetivos para a diferenciação de condutas, tal necessidade ensejou a criação de uma complementação do critério restritivo, a chamada teoria objetiva da participação, podendo assumir os seguintes aspectos:

1.3.2.1 Critério formal-objetivo

Para o critério formal-objetivo, autor é o indivíduo que realiza, de fato, toda ação injusta descrita no tipo penal. Imputa-se pela simples execução do verbo típico. A participação, por sua vez, caracteriza-se pela exclusão, isto é, todo agente que incorre para o crime sem ter executado o núcleo verbal do tipo deve ser considerado partícipe (FERRAZ, 1976, p. 33).

Seguindo o entendimento, afirma Nilo Batista:

Segundo um critério formal-objetivo, seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a “ação principal” do delito, a ação (depois de Beling) típica.

Segundo este critério, é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime (“colui che realiza, con la propria condotta, il modello legale del reato”). Nessa ordem de idéias, partícipe seria aquele que não executa o tipo legal mas (cuja conduta) constitui tão-só uma ação prévia ou preparatória (BATISTA, 2004, p. 64).

Entretanto, a pura teoria formal-objetiva também é passível de distorções advindas do caso concreto. Bitencourt exemplifica afirmando que “o mandante de um crime não é considerado seu autor, visto que não lhe competiram os atos de execução do núcleo do tipo (quem manda matar, não mata, logo, não realiza o verbo do tipo). Do mesmo modo ocorre com o chamado “autor intelectual, ou seja, o indivíduo que planeja toda a ação delituosa não será considerado autor, mas partícipe, na medida em que não executa objetivamente a conduta descrita no tipo (BITENCOURT, 2011, p. 420).

Tal concepção crítica é partilhada por Zaffaroni, que em seu manual descreve: “Esta teoria também acaba sendo insustentável, porque se alguém aponta uma arma a outro, enquanto um terceiro se apodera de sua carteira, ao invés de ser um roubo com arma seria um delito de constrangimento ilegal, cometido pelo que aponta a arma e um furto pelo que se apodera da res” (ZAFFARONI, 2011, p. 577).

1.3.2.2 Critério material-objetivo

Na tentativa de aperfeiçoar o critério formal-objetivo, a doutrina apresenta o chamado critério material-objetivo. Tal critério confere hierarquia diversa às circunstâncias de cada agente para a concretude do ato delituoso, diferenciando-os entre si. Para ela, “causa não é qualquer antecedente, mas a condição mais eficaz, que busca revelar as diferenças materiais entre as ações dos diversos agentes concorrentes” (RAMOS, 1996, p. 106).

Em outras palavras, a diferenciação entre autoria e participação deve ser analisada sob o prisma da “diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas” (BATISTA, 2004, p. 64). Ou seja, o autor não será aquele que realiza o verbo do tipo penal, mas sim o indivíduo que mais contribua objetivamente para a realização do resultado crime.

Não obstante, Nilo Bastita critica:

O aspecto mais visivelmente vulnerável de um critério material-objetivo está, como percebe Dell’Andro, em que ele recoloca, no campo do concurso de agentes, toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa de condição. Este argumento tem caráter intransponível para o direito penal brasileiro, que explicitamente adotou a teoria da equivalência dos antecedentes (BATISTA, 2004, p. 66).

Mais adiante, porém, admite:

O maior mérito do critério material-objetivo, em nossa opinião, está no questionamento à causalidade “absolutizada” pela equivalência dos antecedentes. A conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quando de ferir a vítima, mas o direito não pode esgotar a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada. A minorante de participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) demonstra que o direito brasileiro recomenda essa apreciação (BATISTA, 2004, p. 67).

Na esteira deste entendimento, percebe-se que tal teoria, embora ainda inadequada para o direito penal brasileiro, demonstra relevante avanço no entendimento e interpretação do concurso de agentes, uma vez que tenta ampliar os conceitos de autoria e participação. No entanto, seus conceitos faltam da objetividade necessária para o caso concreto, o que pode gerar insegurança na sua aplicação (CAPEZ, 2012, p. 249).

1.3.2.3 Critério final-objetivo

De caráter objetivo-subjetivo, o critério final-objetivo (BATISTA, 2004, p. 69), também chamado de teoria do domínio do fato, busca a harmonização de critérios objetivos a uma conduta subjetiva no sentido de melhor distinguir autores e partícipes.

Este critério é baseado no entendimento de que o autor é o sujeito que detém o domínio consciente do fato considerado típico. Exige-se, portanto, objetivamente uma valoração que deve se perfazer frente a cada tipo e a cada conduta no caso concreto (ZAFFARONI, 2011, p. 577).

Pela notória relevância do tema à presente pesquisa, a teoria do domínio do fato será desenvolvida com maior detalhe no capítulo que se segue.

2. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Após devida apreciação dos preceitos e critérios que abarcam a chamada teoria do concurso de pessoas, faz-se relevante, por natural evolução teórica da pesquisa em deslinde, o estudo da teoria do domínio do fato haja vista ter sido o fundamento teórico essencial na imputação de autoria dos réus na Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal.

2.1 CONCEITO

Como já dito, a teoria do domínio do fato é uma teoria mista que combina critérios objetivos e subjetivos para determinação de autoria, foi impulsionada por Hans Welzel e, posteriormente, desenvolvida de maneira detalhada por Claus Roxin. Seguindo os critérios do domínio do fato, o autor, como bem sugere a denominação, é o indivíduo que detém o domínio da conduta injusta, isto é, determina, o “se” e o “como” de sua realização (QUEIROZ, 2013, p. 337).

De maneira abrangente, César Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal, esclarece:

Nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impodo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata) (2011, p. 422).

Em idêntico entendimento, Damásio descreve a teoria do domínio do fato como “tese restritiva, aplicando critério objetivo-subjetivo”, ou seja, “autor é quem tem o controle final do fato, quem domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstancias”. Mais adiante, o autor ainda enuncia que a teoria é “mais um requisito de autoria que uma teoria do concurso de pessoas” (DAMÁSIO, 2010, p. 17-18).

Partindo do princípio que o critério do domínio do fato rege-se por aspectos tanto objetivos quanto subjetivos, insta ressaltar que o senhorio do autor sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso concreto como pela direção que é imprimida a ela, não devendo ser confundida com o dolo, “porque o dolo também há na participação (o cúmplice e o instigador agem com dolo), sem que haja domínio do fato” (ZAFFARONI, 2011, p. 577).

Para melhor compreensão do raciocínio jurídico em questão, deve-se entender que, segundo a teoria do domínio do fato, o autor é o “senhor da realização do tipo”, o qual promove tal controle por meio do domínio final e total da ação, difere, assim, do simples partícipe, que é quem auxilia num ato totalmente e finalmente dominado pelo autor ou que o instiga à decisão de cometer o crime (QUEIROZ, 2013, p. 337). Portanto, não basta ao domínio do fato apenas a finalidade da conduta (ação de natureza humana), faz-se necessária que a *posição objetiva* do sujeito determine o domínio das circunstâncias do ato criminoso (FELICIANO, 2009, p. 125).

Para Rogério Greco importa, também, ressaltar que:

Essa teoria inclui na análise um fator demasiadamente importante: *a divisão de tarefas*. O domínio do fato, portanto, não diz respeito apenas ao fato último, à efetiva realização da conduta criminosa, mas sim à capacidade de cumprir ou não a parcela do delito que lhe fora incumbida, parcela esta importante para o efetivo cometimento da infração penal (GRECO, 2010, p. 487).

Nilo Batista, por sua vez, destaca a possível eficácia da teoria frente ao caso concreto, ele diz que:

Renunciando a uma categoria central imutável e inerte de autor, o critério final-objetivo não se submete a qualquer nominalismo, e sim capitula diante das multifárias possibilidades de estruturação do decurso do fato, que pertencem à natureza das coisas. Isso lhe permitirá, dentro do sistema, uma possibilidade de deslocamento lógico inexcedível, para atender aos diversos problemas propostos (BATISTA, 2004, p. 73).

De maneira a elucidar perfeitamente a utilização do domínio do fato como método válido para a imputação de uma conduta delituosa, e tendo em vista que contexto fático do crime não abrange apenas a atos preparatórios e executórios, “como também atos igualmente

relevantes como o planejamento, a determinação, a organização e a funcionalidade” (FELICIANO, 2009, p. 126), Claus Roxin, principal desenvolvedor e difusor da discutida teoria, elenca suas principais consequências. Assim, escreve:

1. a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam, sempre, a autoria (domínio da ação);
2. também é autor quem executa o fato empregando outrem como instrumento (autoria mediata domínio de volição e ou de cognição);
3. é autor, enfim, aquele que realiza uma parte necessária do plano global, desde que o faça predisposto à resolução delitiva comum, e ainda quando não descrita a sua conduta no preceito penal primário (co-autoria: domínio funcional) (ROXIN, 2000, p. 673, tradução nossa).

Partindo deste pressuposto, Roxin disserta que para que haja o domínio do fato por indivíduo não executor, deve-se aferir a presença do chamado *domínio da vontade* (2000, p. 675). Uma vez que o executor tem sua vontade totalmente dominada pelo indivíduo coator, faz-se razoável afirmar que este detém o domínio do fato delituoso.

Se, por outro lado, o executor realizar a conduta tipicamente descrita pessoalmente, dolosamente e sem estar sob coação ou subordinação total à vontade de outrem, diz-se este deter o *domínio da ação*. Sendo tanto o domínio da vontade quanto o domínio da ação manifestações do domínio do fato. Na hipótese de concorrerem, prevalecerá o domínio da ação, que por seu caráter subjetivo sobrepuja o domínio da vontade (ROXIN, 2000, p. 676).

Já no caso da coautoria, desde que comprovada a “resolução delitiva comum”, o autor de parte necessária do plano global do crime diz-se haver o *domínio funcional* do fato delitivo, ou seja, domínio da função específica previamente atribuída para a prática do injusto penal, não necessariamente executória. Deve-se, portanto, ser igualmente imputado como autor ainda que sua conduta não esteja descrita literalmente no tipo penal em questão (ROXIN, 2000, p. 676).

Apesar de não ser unânime o entendimento doutrinário acerca da aplicação da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro, diz-se que o inciso I, art. 62 do Código Penal, se refere ao sujeito que teria domínio do fato. Não obstante tal controvérsia, frisa-se que a teoria só é aplicável aos crimes dolosos, pois, conforme preceitua Damásio, nos culposos “inexiste distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante

qualquer conduta, produz um resultado típico deixando de observar o cuidado objetivo necessário”. (2003, p. 27)

Uma vez deslindada a essência da teoria, faz-se, agora, necessário a perfeita compreensão dos institutos da autoria, participação e coautoria segundo os preceitos da teoria do domínio do fato.

2.2 DA AUTORIA

Para o direito brasileiro quando um crime se perfaz com a característica do concurso de pessoas, há necessidade de se verificar questões relacionadas à autoria. O sujeito deve sofrer a imputação do resultado obtido através do delito ou deve ser responsabilizado na medida de sua vontade.

O nosso código penal é claro ao definir em seu art. 29 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” e, ainda, no inciso I do art. 18 diz que se considera crime doloso aquele em que “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, isto é, ao agente é atribuída a pena na medida de sua atividade volitiva (BRASIL, 1940).

No entanto, sob o prisma da teoria do domínio do fato, a autoria deve ser analisada com uma lógica jurídica mais ampla. Para a teoria finalista da ação delituosa, instituto idealizado em 1939 por Hans Welzel, “o domínio finalista do fato é a característica geral da autoria. Em compensação, os elementos pessoais de autor unicamente são necessários onde o tipo particular os contém como pressupostos da autoria. Por exemplo: nos delitos próprios dos funcionários públicos [...]” (2003, p. 158).

Cristiano Rodrigues, ao se referir aos critérios delimitadores da autoria, elenca como um deles o do domínio final do fato e conceitua:

Autor será aquele que possuir o *domínio sobre o final dos fatos*, ou seja, possuir o comando e o controle da situação; isso, independentemente de realizar, ou não, o verbo núcleo do tipo penal.
(...)

Em outras palavras, de acordo com o *domínio final do fato*, autor é aquele que detém as “*rédeas*” da situação em suas mãos, podendo modificar, ou mesmo impedir, a ocorrência dos fatos (...) (2012, p. 353).

Para Welzel o autor é “só aquele que, mediante a direção consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio do resultado típico”, nesse contexto Welzel descreve a existência de duas espécies fundamentais de autoria, quais sejam, o autor doloso e o autor culposo. Deste modo, ele destaca:

- a) A autoria estruturada sobre o domínio finalista do fato, dos delitos dolosos;
- b) autoria estruturada sobre a causação de um resultado evitável, dos tipos culposos (2003, p. 156).

E prossegue:

- 1. A autoria culposa é uma causa do resultado evitável. (...)
- 2. Não é autor de uma ação dolosa quem somente causa um resultado, mas quem o domínio consciente do fato dirigido até o fim. Aqui se eleva o autor, pela característica do domínio finalista do fato, por alto de toda outra participação. O instigador e o cúmplice não têm o domínio do fato, salvo que somente tenham induzido à decisão do fato ou ajudaram em sua execução. Por isso, uma participação autêntica somente é possível dentro dos tipos dolosos (2003, p. 157).

Como bem se percebe, levando em consideração o seu conceito restritivo de autor, o âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato limita-se aos delitos dolosos. Somente nos dolosos se pode falar em domínio final do fato típico, haja vista que os delitos culposos caracterizam-se exatamente pela perda desse domínio (BITENCOURT, 2011, p. 422).

Sobre essa característica, discorre Bitencourt:

A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação.

[...]

A doutrina espanhola, que admite a participação em crimes culposos, em suas formas de cumplicidade e instigação, critica severamente a posição alemã, nesse particular (2011, p. 422)

Diante dos conceitos acima trazidos, tem-se que, sob a perspectiva do detentor do domínio do fato, há distinção entre as funções desempenhadas pelos os agentes concorrentes de uma ação delitiva, isto é, existe a ramificação entre espécies de autoria, que são, segundo

classificação de Damásio: autoria propriamente dita (autoria direta individual, detentora do domínio da ação), autoria intelectual, autoria mediata (detentor do domínio da vontade) e coautoria. (2010, p. 451)

2.2.1 Autoria direta

Rogério Greco, ao analisar a autoria direta dispõe:

O autor pode ser aquele que excuta diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor; ou poderá ser, também, aquele que se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireto ou mediato (2012, p. 489).

O autor direto ou unitário, segundo a doutrina clássica, é aquele que, pessoalmente e por meio de atos próprios, pratica o fato penal. Nesse sentido o autor direto realiza materialmente a conduta delituosa, “não havendo indutor, instigador ou auxiliar” (DAMÁSIO, p. 452).

Paul Bockelmann, sobre o tema, acrescenta:

Entretanto, é raro que o agente pratique o fato sem a ajuda de ninguém (acontece, por exemplo, quando ele estrangula sua vítima apenas com as mãos). Na maioria das vezes, ele utiliza meios e instrumentos fabricados por mãos alheias, armas, chaves mestras, etc. Evidentemente, o recurso a tais meios não muda, nada afeta a sua autoria única, se não houve, entre o autor e o fabricante, vendedor, proprietário ou possuidor do meio, nenhum tipo de entendimento quanto a sua utilização (2007, p. 216).

Na ótica do domínio do fato, diz-se autor direto aquele que possui o domínio da ação delituosa, sua esfera de domínio é direta e é caracterizada principalmente pela antijuridicidade do ato praticado, pela culpabilidade e pelo dolo de praticar o crime. (RAMOS, 1996, p. 27).

Ressalte-se que, como bem entende Zaffaroni, embora se diga que a autoria direta tem natureza pessoal, esta não exclui a utilização de outro na realização da conduta, isto se permite se o segundo indivíduo for utilizado como mero instrumento físico para a realização da conduta sem agir por meios próprios, será então mera massa mecânica (ex.: o ato de

empurrar alguém através de uma vitrine no intuito de cometer o crime de dano) (2011, p. 578).

No entendimento de Nilo Batista, acerca da autoria direta:

É autor direto aquele que tem o domínio do fato (Tatherrschaft), na forma do domínio da ação (Handlungsherrschaft), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo. (2004, p. 77)

Faz-se imperativo notar, que o conceito de autor direto para a teoria do domínio do fato não põe como essencial a simples adequação da conduta ao tipo penal para daí decorrer o domínio do fato. Como afirma Nilo Batista “não-autores podem ver suas condutas subsumíveis na descrição legal; a diferença específica a incidir sobre o gênero reside em que só o autor possui o domínio do fato” (2004, p. 78).

2.2.2 Autoria intelectual

Na autoria intelectual, o indivíduo planeja, organiza e coordena o fato delituoso, sem, necessariamente participar com efetividade da concretização do crime. O seu raio de participação se limita ao campo abstrato, ele cria e decide como a ação conjunta irá se desenrolar para a concretização do objetivo (PRADO, p. 403).

Note-se que a chamada autoria intelectual se distingue da autoria direta pelo fato de o sujeito meramente idealizar a ação delituosa, ou seja, no caso constitui “o crime produto de sua criatividade” (DAMÁSIO, 2003, p. 19). Acolhida pelo direito penal pátrio, encontra guarida na própria Constituição da República, que define no XLIII, do seu art. 5º, que:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, **por eles respondendo os mandantes, os executores** e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988, grifou-se)

No mesmo sentido, o Código Penal também possui um trecho no qual se enquadra o conceito de autor intelectual:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (BRASIL, 1940)

Nesta esteira, nota-se que as já estudadas teorias monista, restritiva e extensiva, se mostram insuficientes para a correta identificação do conceito de autor. Tal fato já se mostrou objeto de extensa crítica da doutrina em relação a elas (BATISTA, 2004, p. 76)

Como visto, para a teoria monista, não há distinção entre autor e partícipe, o que, no caso da autoria intelectual, pode levar a anomalias na dosagem da pena. O indivíduo que planejou e coordenou toda a infração penal teria a mesma pena culminada daquele que, em pobre exemplo, apenas municiou as armas que seriam utilizadas no crime.

Se para a teoria restritiva, autor é quem executa o núcleo do tipo, o autor intelectual sempre seria considerado mero partícipe, mesmo considerando que, sem ele, o ato delituoso nunca teria se realizado. Percebe-se daí um paradoxo (BITENCOURT, 2011, p. 419).

A teoria do domínio do fato, por sua vez, mostra-se mais adequada para se identificar a autoria intelectual, uma vez que os atos do autor intelectual fazem-se essenciais para a prática do crime. A imputação de autoria ensejaria apenas a análise da existência e quantificação do domínio deste sobre o fato típico.

Em outras palavras, o chefe da organização criminosa, que não necessariamente executa a ação, mas planeja e organiza a atividade dos demais, tem o domínio finalístico do fato. Sua contribuição para a concretização do trabalho delitivo se mostra essencial e, sem ele, o injusto penal poderia não acontecer. Ele possui, portanto, o domínio funcional do fato e o domina na medida de sua contribuição.

2.2.3 Autoria mediata

Há, enfim, segundo a teoria do domínio do fato, a chamada autoria mediata (WELZEL, 2003, p. 159). Neste caso, o indivíduo pretende a prática de determinada conduta e, para tanto, se vale de um sujeito intermediário, “um instrumento de sua conduta”. Aqui não cabe invocar o desígnio da participação, visto que, de acordo com o que doutrina o referido

autor, “não há participação, uma vez que o autor mediato tem o domínio do comportamento e da vontade de seu executor material. É autor.” (DAMÁSIO, 2010, p. 460). Destarte, o indivíduo utilizado como instrumento não tem domínio do fato, sendo apenas elemento da vontade do executor.

Sobre a autoria mediata, Welzel dispõe:

Em princípio, não é necessário que o autor execute o fato em todas suas fases de própria mão; pode, para isso, servir-se de meios mecânicos, como pode, também, utilizar a terceiros para seus fins, enquanto conserve ele mesmo o pleno domínio do fato, diferentemente do terceiro. Este fica assim como sendo um instrumento, enquanto lhe falte um dos pressupostos necessários da autoria (o domínio do fato), e pelo tempo que leva a ação (2003, p. 159).

Na autoria mediata, uma pessoa, o 'sujeito de trás', serve-se de outrem para praticar o fato, podendo a ele ser atribuída a propriedade do crime. Ele possui o domínio da vontade do executor, chamado instrumento. (DAMÁSIO, 2010, p. 19-20)

Zaffaroni, sobre a amplitude do domínio do autor mediato, dispõe:

O determinador tem o domínio do fato quando o determinado não realiza uma conduta (autoria direta), o que não exige maiores demonstrações. Também tem o domínio do fato aquele que se vale de quem age sem dolo, por que é evidente que é o único que tem o domínio do fato, já que não domina o fato quem não dirige a conduta até o resultado buscado pelo outro. Igualmente, tem domínio do fato aquele que se vale de uma conduta realizada em cumprimento de um dever jurídico, porque o interposto é ameaçado com uma pena pela ordem jurídica e o determinador cria a situação em que esta cominação se opera (2011, p. 579).

Ressalte-se que, para que haja a configuração da autoria mediata, todos os requisitos necessários de punibilidade devem ser encontrados no indivíduo do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Não há o que se falar em autoria mediata, por exemplo, nos crimes de mão própria. Mais uma vez, o comportamento consciente doloso determina a imputação da autoria (BITENCOURT, 2011, p. 423).

Claus Roxin, ao dissertar sobre o assunto, enumera as hipóteses de autoria mediata, todas envoltas pelo chamado domínio da vontade haja vista a total sujeição do indivíduo executor aos desígnios do autor mediato, senhor de sua vontade. Segundo ele são:

- a. Domínio de vontade em virtude de coação
[...]
- b. Domínio da vontade em virtude de erro ou domínio de conhecimento.
[...]
- c. Domínio da vontade no emprego de menores e inimputáveis em geral
[...]
- d. Domínio da vontade em virtude de mecanismos de poder organizados
(2000, p. 650, tradução nossa)

Sobre o assunto, discorre Bitencourt, que afirma:

As hipóteses mais comuns de autoria mediata decorrem do erro, da coação irresistível e do uso de inimputáveis para a prática de crimes, o que não impede a possibilidade de sua ocorrência em ações justificadas do executor, quando, por exemplo, o agente provoca deliberadamente uma situação de exclusão de criminalidade para aquele (...) (2008, p. 423).

De fato o próprio Código Penal Brasileiro, mesmo que sem conceituar, admite crimes de autoria mediata. Sobre o tema, Damásio lista algumas hipóteses:

- a) ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (art. 62, III, do CP);
 - b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (art. 22 do CP)
 - c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (art. 20, § 2º, do CP)
 - d) erro de proibição invencível (art. 21, *caput*, do CP)
- (2010, p. 460)

No caso do domínio da vontade por mecanismos organizados de poder, Roxin expõe que ocorre nas hipóteses de crimes intrínsecos à instituições fortemente hierarquizadas, admitindo-se seja pelo crime relacionado à organizações criminosas em geral, seja por crimes societários (2000, p. 652).

Feliciano lembra que tal conceito remete à Alemanha do pós-guerra, onde o julgamento de antigos membros do partido nazista gerou certas distorções na imputação de autoria uma vez que o mandante, dotado de controle total do fato, de onde saiu a ordem para o cometimento do delito, de acordo com a interpretação da época seria considerado mero partícipe (2009, p. 127).

A partir daí surgiu o esforço teórico em fundamentar a imputação do “homem de trás”, detentor dos “aparatos de poder” comuns à instituições fortemente hierarquizadas,

organizadas institucionalmente, “com cujo auxílio o mandante estaria apto a perpetrar ilícitos penais sem condicioná-los à decisão autônoma do executor”. Percebe-se em especial o caráter fungível do executor (FELICIANO, 2009, p. 127).

Observa-se, em suma, que nas hipóteses de domínio da vontade por estruturas de poder organizadas, os conceitos objetivos de autoria mediata e participação não têm guarida, recorrendo-se a um conceito aberto e mais abstrato de domínio do fato, isso se dá, segundo Feliciano, para adequar-se a teoria aos escopos de política criminal, uma vez que, “embora não falte ao executor nem a liberdade tampouco a responsabilidade penal (trata-se, pois, de autor culpável). Ainda assim, o agente remoto assume o papel de autor mediato porquanto o agente próximo não se apresenta, no contexto organizacional, como individualidade livre e responsável, mas como figura anônima e substituível.” (FELICIANO, 2009, p. 128).

2.2.4 Coautoria

Por conseguinte, seguindo a temática da classificação de autoria, tem-se a figura da coautoria. Esse aspecto da autoria é determinado pela multiplicidade de autorias em harmonia, isto é, consoante aduz Damásio, há de verificar a existência da vontade comum de cometimento do fato e, assim:

Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades, e quer realizar como próprio o fato comum com a cooperação dos outros. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simples instrumento dos outros. Não é necessário, portanto que haja hierarquia ou subordinação de uma vontade a outra.” (2010, p. 21-22)

Segundo Bockelmann, dissertando sobre o conceito de coautoria:

Para a coautoria não basta, portanto, qualquer forma de ação comunitária, mas somente aquele em que cada um dos participantes possui a característica que fundamenta a autoria. Apenas pode ser coautor quem participa do domínio do fato, ou seja, quem participa da resolução determinante sobre o “se” do fato e concretiza, ele próprio, pelo menos, uma parte daquilo que deve acontecer para que o crime seja executado da forma como foi planejado (2007, p. 230).

Se o autor é o agente que possui o domínio final do fato, coautores serão aqueles que detém o domínio funcional dos fatos, assim, dentro do chamado conceito de divisão de tarefas, serão coautores todos os que tiverem uma participação importante e necessária para que a infração seja completada, não se exige, então, que todos sejam de alguma forma executores, em outras palavras, não se exige que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo verbal do tipo (GRECO, 2012, p. 490).

No mesmo sentido, expõe Welzel que “a coautoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito” (2003, p. 168).

Nilo Batista, ainda, assevera:

A idéia de divisão do trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na coautoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a coautoria se baseia no princípio da divisão de trabalho (2004, p. 99).

Portanto, pode-se afirmar que a coautoria existe quando houver a reunião de diversos agentes, cada qual com o domínio de funções que lhe forem atribuídas para o perfazimento do ato delituoso, de acordo com um sistema determinado de divisão de tarefas. “O decisivo na coautoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial da realização do plano global.” (BITENCOURT, 2011, p. 424)

Ao contrário do que se observa na participação, onde o partícipe dota-se do chamado “*animus socii*”, ou seja, o indivíduo deseja o fato como alheio, próprio de outro; o coautor, por sua vez, atua com “*animus auctoris*”, ou seja, ele almeja o fato como próprio, de maneira que a diferença fundamental assenta-se no âmbito subjetivo da conduta (QUEIROZ, 2013, p. 339).

2.3 A PARTICIPAÇÃO

No concurso de pessoas há a possibilidade do ato delituoso ser praticado por figura lateral, que contribui para a perpetração de uma infração penal, que “é quem efetiva um comportamento que não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime” (DAMÁSIO, 2010, p. 453), trata-se da participação.

Na inteligência de Zaffaroni, acerca do tema:

A própria expressão “participação” indica que nos encontramos diante de um conceito referenciado, isto é, um conceito que necessita de outro, porque “participação”, por si mesma, não nos diz coisa alguma, se não esclarecermos em que se participa. “Participação” sempre indica uma relação, porque sempre se participa em “algo”. Este caráter referencial ou relativo (relacionado com algo) é o que dá à participação sua natureza acessória (2011, p. 589).

Por outro lado, conforme entendimento de Beatriz Vargas Ramos:

O vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar indistintamente, todos aqueles que participam da realização do crime: é o conceito extensivo de partícipe. Neste sentido, o termo engloba tanto os autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são participantes.

[...]

Nesse sentido genérico pode-se dizer que participação e concurso são noções equivalentes. Para efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra partícipe é usada para destacar, dentre todos os agente, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenham atividade diversa da do autor (1996, p. 115)

A participação é a colaboração dada para a consecução de determinado fato típico, entretanto, a sua conduta “não se amolda ao núcleo da figura típica” (DAMÁSIO, 2003, p. 25-26). Para Bockelmann, o partícipe é aquele que não possui o domínio finalista do fato e sua contribuição para o fato se restringe ao induzimento, instigação ou auxílio material (2007, p. 239).

De igual opinião faz-se Damásio, que acerca da participação frente à teoria do domínio do fato, conclui:

Distinguem-se autor, coautor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o coautor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o “se” e o

“como” do crime; o partícipe só possui o domínio da vontade da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence: ele colabora no crime alheio (2003, p. 26).

Frente ao exposto, percebe-se mais uma vez a necessidade da perfeita apreciação da finalidade das condutas para a correta percepção do domínio possuído por cada agente na concorrência ao crime. O partícipe é aquele que possui menor gradação de domínio da conduta delituosa, pois como bem disposto, “o delito não lhe pertence” (DAMÁSIO, 2003, p. 26).

2.3.1 Princípio da acessoriedade da participação

Da análise do fundamento de punibilidade do partícipe, percebe-se de pronto seu caráter eminentemente secundário, para haver a participação, pressupõe-se a existência de um crime e, logicamente, de um autor. “A participação só adquire relevância jurídica quando estiver unida a uma fato principal” (BITENCOURT, 2011, p. 428), trata-se de caráter acessório que para existência depende do conceito principal, ou seja, do conceito de autor. Surge daí o princípio da acessoriedade da participação.

O raio de alcance da acessoriedade da participação tem sido objeto de atenção dos doutrinadores, algumas teorias procuram limitar tal alcance de maneira a melhor adequar a imputação do partícipe ao caso concreto. Destacam-se as teorias da acessoriedade extrema, acessoriedade mínima, acessoriedade limitada e hiperacessoriedade (TAVARES, 2009, p. 20-21).

Discorrendo sobre as teoria da acessoriedade, Paulo Queiroz descreve uma a uma, assim dispondo:

Mas esse caráter acessório da participação comporta graus e é ordinariamente assim classificado: a) acessoriedade mínima: a punição do partícipe depende da simples conduta típica do autor; b) acessoriedade limitada: a punição do partícipe exige conduta típica e ilícita do autor; c) acessoriedade máxima ou extremada: a punição do partícipe exige, além da conduta típica e ilícita, a culpabilidade do autor; d) hiperacessoriedade: a punição do partícipe depende também da punibilidade do autor (2013, p. 345).

Não obstante não haver de fato uma supremacia. Entende-se, segundo Juarez Tavares, que a acessoriedade limitada seja a teoria dominante para delimitar a punibilidade do partícipe. Segundo ele, isso se deu “depois da reestruturação do tipo injusto encetado pelo finalismo” (e, conseqüentemente, pela teoria do domínio do fato), haja vista que a acessoriedade limitada determina apenas que o indivíduo concretizador do ato delitivo principal (o autor) tenha realizado fato típico e antijurídico (2009, p. 20-21).

2.3.2 Das espécies de participação

Embora o Código Penal brasileiro não discorra especificamente sobre a participação, várias são as suas espécies defendidas pela doutrina, dentre elas destacam-se: ajuste, determinação, instigação, organização e chefia, auxílio material, auxílio moral, adesão sem prévio acordo, entre outras. No entanto, a doutrina, principalmente influenciada pelos juristas alemães (BITENCOURT, 2008, p. 425), considera duas espécies básicas: a instigação e a cumplicidade (MIRABETE, 2008, p. 231).

Sobre a instigação, Mirabete disserta:

Instiga aquele que age sobre a vontade do autor, fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acoroçoando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce por meio de mandato, persuasão, conselho, comando etc. Já se tem considerado partícipe não só quem encoraja a atuação dos executores diretos, como o próprio mandante, que determina a realização do crime. Deve a instigação dirigir-se à prática do crime determinado, não constituindo participação a incitação genérica para a prática de infrações penais (MIRABETE, 2008, p. 231-232).

Denota-se que a instigação nada mais é do que uma influência na formação da vontade de outrem, “abrangendo os aspectos volitivo e intelectual” do indivíduo instigado, de maneira a fazer surgir nele a vontade de cometer um crime (também chamada de induzimento), ou a estimular uma idéia já existente (instigação propriamente dita) (BITENCOURT, 2008, p.426).

Ao contrário da instigação, que detém caráter essencialmente psicológico, percebe-se na cumplicidade natureza muito mais ativa. Segundo Welzel, a cumplicidade “é a prestação de ajuda dolosa a um fato doloso” (2003, p. 179), denota-se, segundo igual entendimento de Bitencourt, que essa prestação tem caráter eminentemente material, o

partícipe, para tanto, “exterioriza sua contribuição através de um comportamento, de um auxílio” (2011, p. 426).

Na mesma linha de raciocínio se faz Rogério Greco, que afirma, exemplificando:

Na cumplicidade ou prestação de auxílios materiais, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a escada para aquele que deseja adentrar na casa da vítima, a fim de levar a efeito uma subtração, ou o que empresta a sua arma para que o autor possa causar a morte de seu desafeto. (GRECO, 2012 p. 496)

Desta feita, faz-se cediço destacar que, qualquer que seja a modalidade de participação, para que esta seja penalmente relevante deve-se aferir a indispensável presença de eficácia casual da ação ou omissão do partícipe, bem como da consciência de participar do ato delituoso. Em outras palavras, para ser considerado partícipe, o indivíduo precisa ter plena consciência de que suas ações, sejam quais forem, influenciarão a ação nuclear do tipo, bem como no resultado (BITENCOURT, 2011, p. 427).

Levando em consideração a conjunção entre o exposto e a teoria da acessoriedade limitada, já estudada (e considerada dominante para delimitar a participação), insta ressaltar que o crime em que o instigador ou auxiliar participa precisa apresentar apenas características de um fato típico, antijurídico, cometido dolosamente pelos autores. Não há a necessidade de se aferir eventual culpabilidade por parte do partícipe, posto a ausência de domínio fato em sua conduta, bem como não há qualquer possibilidade de se punir sua mera tentativa. (BOCKELMANN, 2007, p. 241).

Após o exposto, passa-se a uma investigação acerca da aplicação da teoria do domínio do fato na atual jurisprudência penal brasileira, de maneira a situar a presente pesquisa na futura análise do caso concreto em estudo.

2.4 AS CRÍTICAS

Desde seu desenvolvimento, muito se discute acerca da imputação de autoria utilizando-se do domínio do fato como raciocínio jurídico central. Apesar de sua aparente eficácia no que tange a resolver os problemas de imputação no caso concreto, é temerário afirmar que trata-se de um consenso entre os doutrinadores do direito. De fato, alguns tecem

variadas críticas acerca de sua aplicabilidade como teoria “final” e “unitária” na resolução das ocasionais dúvidas na imputação de autoria.

Gunther Jakobs, respeitado jurista alemão, endossa algumas das críticas direcionadas ao domínio do fato. Segundo Jakobs, devido a sua própria estrutura, o domínio do fato não demonstra ser o único critério para a determinação da autoria conquanto existem situações específicas em que o autor não é dotado apenas do domínio, mas também de “um dever que tem como conteúdo uma contribuição positiva a outra pessoa ou a uma instituição estatal, como, por exemplo, a Administração da Justiça” (2003, p. 3).

Em outras palavras, afirma Jakobs, não há domínio do ilícito penal nos casos em que há dever de não cometê-lo. Nos aludidos casos o sujeito “obrigado positivamente” não se organiza, ou o faz de maneira precária, na medida em que possa evitar a concretização ou realização do tipo, entretanto, sempre responde como autor. O que há é um dever de não realizar o fato ou permitir que ele aconteça (2003, p. 4).

Discorre ainda Jakobs, que algumas situações do caso concreto tornam a utilização do domínio do fato incabíveis ou irrelevantes no âmbito da persecução penal, haja vista que a análise natural já abarcaria o fato ao direito penal vigente. Entre os diversos exemplos ele enuncia:

[...] se o proprietário de uma coleção de armas entrega a um visitante uma pistola, e este considera, errando de modo inevitável – como o proprietário sabe ou deve saber –, que a arma está descarregada, o proprietário é autor mediato do que acontecer, do mesmo modo que seria partícipe da ação do visitante se o conhecimento da periculosidade da arma fosse responsabilidade deste. Para alcançar este resultado, não se necessita da idéia de domínio; pelo contrário, uma vez aclarada a competência, estará aclarado todo o necessário.

[...]

Desta perspectiva, não pode haver autoria mediata quando concorra uma conduta posterior plenamente responsável, posto que somente a causa por meio da natureza é uma causa direta [...] o chefe do bando que o é não apenas nominalmente é (co)autor, e por isso não há necessidade alguma de convertê-lo artificialmente em autor mediato pelo desvio do domínio de aparelhos organizados de poder. (2003, p. 34 e p. 39)

No direito brasileiro, semelhante raciocínio pode ser utilizado. Embora dotado de caráter de fato aclaratório e elucubrativo, a teoria do domínio do fato não preenche lacuna que o atual ordenamento jurídico possa haver deixado em seu poder-dever de punir.

O artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940), claramente apoiado nos preceitos da teoria monista, ao complementar a afirmação “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” com a expressão “na medida de sua culpabilidade” adota a teoria restritiva do autor, abarcando de maneira eficaz as possíveis vicissitudes que o caso concreto possa oferecer no sentido de imputar e punir de maneira proporcional os agentes concorrentes (BITENCOURT, 2008, p. 434).

Por outro lado, segundo Guilherme Guimarães Feliciano, pelo fato de a teoria do domínio do fato ser adstrita aos crimes dolosos, um vez que os culposos caracterizam-se pela perda do domínio da fato delituoso, promove-se uma cisão indevida na teoria da imputação de autoria. Segundo ele:

Essa cisão compromete a coerência ínsita a teoria do concurso de agentes, pelo que não atente, em nossa concepção, ao desiderato de unidade científica do direito penal, alvitado desde os escritos de Liszt. Nessa medida, parecem-nos que a teoria do domínio do fato, se por um lado engenhos e operacional, opõe-se à tendência universal de simplificação e unificação teor ética, de que a teoria da imputação objetiva é a manifestação mais convincente e atual. Demanda, por isso, reformulação e elastecimento [...] (2009, p. 127)

Entretanto, mais à frente, conclui:

Doutra feita, se por um lado a construção descritiva de Roxin delimita com precisão diversos casos típicos de intervenção de agentes múltiplos em uma mesma ação delitiva (permitindo, assim, a formulação de juízos genéricos); por outro não oferece uma solução generalizadora, cabendo-lhe, como conceito aberto, a função de subministrar ao julgador princípios reguladores que o orientem, por indução, no vácuo dos modelos de conduta (2009, p. 128).

Percebe-se, portanto, que a teoria do domínio do fato não se trata de teoria final e unitária acerca do concurso de pessoas, de maneira nenhuma, porém, deve ser descartada, podendo ser utilizada de maneira subsidiária, uma vez que, por sua construção descritiva, apresenta soluções que se adequam facilmente ao caso concreto, agindo como guia ao raciocínio jurídico de maneira eficiente. Como bem descreve Roxin, tal construção é

“sensivelmente mais próxima da vida que uma meramente abstrata” (2000, p. 145, tradução nossa).

3. DA AÇÃO PENAL N. 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez que a teoria do domínio do fato foi deslindada, faz-se seguro agora analisar a Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal, vulgo “mensalão”, e finalmente a utilização da descrita teoria como fundamento de imputação dos autores.

Ressalte-se, mais uma vez, que o Processo em questão não encontra-se transitado em julgado, uma vez que, até o momento da finalização da presente pesquisa, foram interpostos, ao Acórdão condenatório, Embargos Infringentes, os quais foram conhecidos e providos, no sentido de haver uma nova apreciação de mérito pelo Pleno do Pretório Excelso.

No entanto, pela extrema relevância acadêmica, importa utilizar o aludido caso como paradigma lastreador da pesquisa, tendo em consideração a notória utilização da teoria do domínio do fato em seus fundamentos de acusação, defesa e sentença, limitando, todavia, o raio de análise até seu primeiro Acórdão condenatório.

3.1 BREVE SÍNTESE DO CASO

Trata-se de Ação Penal movida pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, mediante denúncia protocolada dia 11 de março de 2006, contra 40 indivíduos, dentre eles parlamentares, membros do Partido dos Trabalhadores, empresários e funcionários de empresas públicas e privadas sob a suspeita de formação de organização criminosa cujo o objetivo seria, nas palavras do próprio Procurador Geral da República:

“[...] o loteamento político dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do Governo, prática que representa um dos principais fatores de desvio e má aplicação dos recursos públicos, com o objetivo de financiar campanhas milionárias nas eleições, além de proporcionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos, políticos, empresários e lobistas.” (2012, p. 5.617).

Os fatos que ensejaram os fundamentos da denúncia originaram-se de uma gravação em vídeo, tornada pública pela imprensa, onde um ex-funcionário da Empresa de

Correios e Telégrafos “solicitava e também recebia vantagem indevida para ilicitamente beneficiar um suposto empresário [...], mediante contratações espúrias, das quais resultariam vantagens econômicas tanto para o corruptor quanto para servidores e dirigentes dos Correios [...]” (BRASIL, 2012, p. 5.616).

Criou-se, a partir daí, Comissão Parlamentar de Inquérito com o intuito de investigar os fatos apresentados e proporcionar a responsabilização dos eventuais culpados. Em matéria divulgada pela imprensa e posterior tomada de depoimento pela Comissão, o ex-deputado federal Roberto Jefferson admitiu a existência de “esquema de corrupção de parlamentares, do qual fazia parte”, divulgando detalhes do que seria um ordenado repasse de verbas do Partido dos Trabalhadores para a chamada “base aliada do Governo” em troca do apoio às pretensões do Governo Federal no Parlamento, constituindo o que denominou “mensalão”. (BRASIL, 2012, p. 5.617).

Roberto Jefferson citou, inclusive, os nomes dos parlamentares que faziam parte deste “esquema” indicando seus prováveis líderes e mentores, a denúncia traz:

Em depoimento que prestou na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados e também na CPMI “dos Correios” Roberto Jefferson afirmou que o esquema pelo mesmo noticiado era dirigido e operacionalizado, entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, pelo ex-Tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, até então desconhecido do grande público, chamado Marcos Valério, ao qual incumbia a distribuição do dinheiro. (2012, p. 5.619).

Eis que os fatos apresentados pelo ex-deputado federal levaram à instalação de uma nova Comissão Parlamentar de Inquérito, a chamada CPMI da “Compra de Votos”, com o objetivo específico que investigar a relação entre os delatados membros do Governo, os parlamentares e os empresários em face da suposta alegação de desvio de verbas públicas. O relatório final foi lavrado e enviado à Procuradoria Geral da República.

Ensejou-se, então, pelo Ministério Público, na pessoa do Procurador Geral da República, a apresentação da referida denúncia, que foi processada e distribuída à relatoria do Ministro Joaquim Barbosa no dia 12 de novembro de 2007.

Presentes os pressupostos autorizadores, a denúncia foi recebida mediante deliberação do Pleno. Os acusados ofereceram, então, Respostas à Acusação que, no entanto, foram julgadas improcedentes em trinta e oito dos casos, uma vez que o acusado Sílvio Pereira aceitou a suspensão condicional do processo e ao acusado José Mohamed Janene foi decretada a exclusão de punibilidade em função de seu falecimento. Com isso, deu-se início à fase de instrução probatória.

Após o cumprimento de centenas de diligências, da inquirição de todas as testemunhas arroladas pelas partes (incluindo o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e o Presidente da Câmara dos Deputados), bem como do interrogatório dos réus e da juntada de todo arcabouço documental necessário à devida instrução do processo, apresentou-se prazo para que as partes juntassem as Alegações Finais por Memoriais e, então, os autos foram encaminhados à revisão do Ministro Ricardo Lewandóvski. Sucedendo a revisão marcou-se a data do julgamento da Ação Penal para dia 2 de agosto de 2012.

Em julgamento que durou mais de quatro meses (entre sustentação oral do Procurador Geral da República e dosimetria da pena dos condenados) e cinquenta e três sessões do Pleno da Corte, decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal pela condenação de vinte e cinco dos quarenta réus originalmente denunciados, pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de organização financeira e evasão de divisas.

3.2 DA DENÚNCIA

A denúncia, tal qual como brevemente descrito no tópico anterior, tratou-se de descrever e fundamentar a ação da suposta organização criminosa, identificando seus operadores e apresentando os indícios e as provas adquiridas no curso do inquérito parlamentar, que embasaram a provocação do Ministério Público e da atividade jurisdicional.

Segundo a exordial acusatória, nas palavras do Procurador Geral da República:

O conjunto probatório produzido no âmbito do presente inquérito demonstra a existência de uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes

como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude. (2012, p. 5.621).

Seguindo a acusação, o Procurador dividiu a organização criminosa em “núcleos” organizados e dotados de diferentes finalidades, embora interligados em sucessivas operações, de maneira a favorecer a execução da atividade delituosa consistente no desvio de verbas públicas e no pagamento de parlamentares em troca de apoio político. Descreveu, então, a existência de três principais divisões: o núcleo central, o núcleo operacional e o núcleo financeiro.

O primeiro núcleo, chamado “núcleo central”, é descrito como eminentemente composto por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genuíno, então membros do alto escalão do Governo e do Partido dos Trabalhadores. Eram centrados, segundo descrito, na negociação de apoio político ao governo, no pagamento de dívidas pretéritas do Partido dos Trabalhadores e no custeio de gastos de campanha do partido e de seus aliados.

Quanto ao núcleo central, o Procurador acusa:

Com efeito, todos os graves delitos que serão imputados aos denunciados ao longo da presente peça têm início com a vitória eleitoral de 2002 do Partido dos Trabalhadores no plano nacional e tiveram por objetivo principal, no que concerne ao núcleo formado por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genuíno, garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais. (2012, p. 5.621)

O “núcleo operacional”, por sua vez, composto por Marcos Valério, Ramón Hollerbach, Cristiano de Melo Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias dos Santos é descrito como uma quadrilha especializada em criar desvirtuadas estratégias que possibilitariam o desvio de verbas das mais variadas fontes, em troca de parte do benefício pecuniário. Esse núcleo é descrito como a intermediação entre as instituições financeiras e o núcleo central.

O terceiro e último núcleo, o chamado “núcleo financeiro”, seria composto pelos principais dirigentes do Banco Rural, instituição financeira atualmente em processo de liquidação extrajudicial, “cujo ingresso visou o atendimento dos interesses patrimoniais das empresas integrantes do seu grupo econômico.” (BRASIL, 2012, p. 5.624).

Sobre o “núcleo financeiro”, a denúncia assim descreve:

Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, notadamente o falecido José Augusto Dumont, Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para transferência de recursos financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco Rural, não é efetivamente declarada, mas as apurações demonstraram tratar de uma forma de pulverização de dinheiro público desviado através de contratos de publicidade (2012, p. 5.630)

E, assim, a exordial acusatória conclui o raciocínio organizando a conduta conjunta dos três núcleos da suposta quadrilha, o Procurador descreve:

Ante o teor dos elementos de convicção angariados na fase pré-processual, não remanesce qualquer dúvida que os denunciados José Dirceu, Delúbio Soares, Silvio Pereira e José Genuíno, objetivando a compra de apoio político de outros Partidos Políticos e o financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais, associaram de forma estável e permanente aos demais denunciados para o cometimento reiterado dos graves crimes descritos na presente denúncia.

[...]

O primeiro núcleo imprimia as diretrizes da atuação da quadrilha, valendo-se da experiência e conhecimento dos outros dois núcleos na prática reiterada de crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a administração pública e de lavagem de capitais. Em contrapartida os executores dos comandos oriundos do núcleo central recebiam benefícios indevidos desse núcleo central. (2012, p. 5.626)

Deve-se ressaltar, que os demais denunciados, os quais não são descritos como participantes de nenhum dos aludidos núcleos, são, basicamente, os parlamentares beneficiados com as prestações pecuniárias, bem como empresários que direta ou indiretamente auxiliaram os integrantes dos três núcleos na concretização dos delitos imputados.

Percebe-se, em toda a extensão da denúncia, a meticulosidade do Procurador Geral da República em associar os fatos que descreve com o condizente arcabouço documental anexado, se utilizando de documentos e declarações tomadas por depoimento para sistematizar a conduta dos denunciados.

Faz-se visível que o Procurador não se atém à simples imputação de autoria frente a legislação penal vigente. Preocupa-se a todo momento em atestar e quantificar o domínio

dos fatos por parte dos denunciados, embora não faça menção direta à teoria, objeto do presente estudo. Eis alguns exemplos, nas palavras do Procurador:

Dentro do organograma da quadrilha em específico, José Janene, Pedro Corrêa e Pedro Henry ocupavam o topo de sua estrutura, possuindo o domínio do seu destino. (DENÚNCIA, p. 5.709)

[...]

Dentro do organograma dessa quadrilha, Valdemar Costa Neto ocupava o topo de sua estrutura, possuindo domínio do seu destino. (DENÚNCIA, p. 5.717)

Quanto ao denunciado José Dirceu, que segundo o Procurador seria o líder em absoluto da atividade criminosa, ele acusa:

Com a base probatória colhida, pode se afirmar que José Genuíno, até pelo cargo partidário ocupado, era o interlocutor político visível da organização criminosa, contando com o auxílio direto de Silvio Pereira, cuja função primordial na quadrilha era tratar de cargos a serem ocupados no Governo Federal. Delúbio Soares, por sua vez, era o principal elo com as demais ramificações operacionais da quadrilha (Marcos Valério e Rural), repassando as ordens adotadas pelo núcleo central. **Tudo sob as ordens do denunciado José Dirceu, que tinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como chefe do organograma delituoso.** (DENÚNCIA, p. 5635-5636, grifou-se)

No entanto, importa perceber, que para a imputação dos principais líderes do chamado “núcleo central”, em especial no caso do denunciado José Dirceu, a comprovação da autoria e do dito domínio se deu por provas essencialmente testemunhais, bem como por provas indiciárias (tal conclusão se afere da própria peça acusatória, uma vez que, em toda a extensão da denúncia, faz referência direta às chamadas provas diretas, o mesmo não acontece no caso dos referidos réus). Em prematura análise, denota-se que a aferição da correta aplicação da teoria do domínio do fato, ao menos nestes casos, deverá ser, também, consequência da perfeita valoração das provas constantes nos autos.

3.3 DA DEFESA

A defesa dos Réus na Ação Penal n. 470/STF contou com alguns dos melhores advogados criminalistas do país. Desde a citação, não pouparam esforços para refutar ou invalidar as provas apresentadas na denúncia, além de demonstrar a inocência dos acusados se

utilizando desde depoimento de testemunhas à apresentação de seus próprios documentos de caráter probatório.

Em detida análise ao referido arcabouço probatório, bem como aos trinta e oito memoriais escritos de alegações finais, percebe-se, em suma, que as defesas se ativeram principalmente à questão da valoração das provas apresentadas como fundamento de acusação. Não se percebeu qualquer discussão em abstrato acerca da teoria do domínio do fato, nem de sua aplicação ao caso específico, além de sua simples refutação.

Portanto, a título de relevância jurídica para a pesquisa que se desenvolve, passa-se à análise do acórdão.

3.4 DOS VOTOS E DO ACÓRDÃO

No dia 2 de agosto de 2012 iniciou-se, então, o julgamento da Ação Penal n. 470/STF. Após a leitura do relatório pelo Ministro-Relator, deu-se início à sustentação oral, durando cinco horas, do Procurador Geral da República, seguido das contra-argumentações dos advogados de defesa de cada um dos réus, que duraram aproximadamente trinta e oito horas.

Uma vez findadas as sustentações, o Pleno da Corte passou a deliberar acerca das diversas questões preliminares, sobretudo nulidades, alegadas. Embora detidamente debatidas, nenhum dos fundamentos levantados pela defesa encontrou sustento suficiente para o seu provimento. Em consequência, deu-se início à leitura dos votos de mérito.

A título de organização, tendo em vista a complexidade do caso e a extensa quantidade de réus, a leitura dos votos procedeu-se de maneira a acompanhar a organização em tópicos proposta na denúncia. De maneira clara, o Ministro-Relator explica, em seu voto:

A exposição dos crimes imputados aos réus foi dividida em capítulos, pela necessidade de julgar cada fato criminoso, tal como narrado na denúncia. Essa divisão, porém, não significa uma sucessão cronológica: os fatos ocorreram simultaneamente, no período que se estende do final do ano 2002 até o mês de junho de 2005, quando o réu ROBERTO JEFFERSON denunciou um esquema de pagamento de propina a Deputados Federais da base aliada do Governo Federal. (2012, p. 52.534)

Mesmo seguindo tal lógica, não menos complexa foi a votação. Cada réu teve sua imputação apreciada detalhadamente frente ao extenso arcabouço probatório de acusação e defesa, em vários casos sob concorrência de diversos delitos.

Tendo em vista tamanha dimensão, após as heterodoxas exposições de votos e acalorados debates, sobretudo entre Relator e Revisor, acordaram os ministros, como já relatado, pela condenação de vinte e cinco dos quarenta réus pelos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de organização financeira e evasão de divisas.

3.4.1 Do domínio do fato como fundamento para a imputação de autoria dos réus

Percebe-se, em detida análise dos votos proferidos, que a teoria do domínio do fato norteou grande parte do raciocínio jurídico empregado na imputação de autoria dos réus do caso em voga. Isso se deve à grande complexidade de todo contexto fático, bem como da conduta dos diferentes indivíduos que supostamente atuavam nos vários núcleos da organização criminosa denunciada, cujas competências específicas concorriam para a realização corriqueira de atividades ilegais.

Seguindo a concepção do domínio do fato, o Ministro-Relator Joaquim Barbosa, em seu voto, fundamenta:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. (2012, p. 52.476)

Sob tais preceitos, exigiu-se, por parte dos ministros, uma detalhada análise da situação factual do caso para concluir, perante a conduta dos acusados, sua devida imputação. A exemplo do relatado, o Ministro-Revisor Ricardo Lewandowski, em seu voto, disserta acerca da imputação de autoria dos réus:

Uma divisão é indispensável nesse campo, de todo aplicável ao que interessa à presente ação penal, pois há crimes que têm em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados crimes empresariais, em que se utiliza a pessoa jurídica para a ação delituosa. Neste processo, detectam-se as duas hipóteses. Acusam-se, v.g., José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas. Cada um merece saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. E isso foi respeitado na denúncia, especificando e esclarecendo o parquet a imputação feita relativamente a cada um. O mesmo se diga quanto a Marcos Valério e seu grupo. No tocante, porém, ao Banco Rural, a descrição se limitou a dimensionar todos os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão de seus administradores responsáveis. (2012, p. 52.775).

De mesmo modo o faz o Ministro Cézar Peluzo, que afirma:

Convenci-me, após análise da prova, como bem destacado pelo Relator, que – não obstante a proeminência e a ênfase atribuídas a MARCOS VALÉRIO – RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ tinham conhecimento e domínio sobre os fatos (vg. participaram de reuniões, assinaram cheques, foram avalistas das operações de crédito, participaram na distribuição dos lucros, etc.). (2012, p. 59.934)

No entanto, embora os princípios basilares da teoria do domínio (ex.: autoria mediata, domínio funcional do fato, entre outros) sejam, em diversos pontos do acórdão, fundamentados à exaustão pelos eminentes ministros, verifica-se que a análise dos fatos frente à teoria se deu principalmente no que se refere à organização da quadrilha em si e entre seus núcleos. Em outras palavras, analisava-se a possibilidade de imputação dos réus como autores mediatos (domínio da vontade) ou coautores (domínio funcional) do crime.

Nesse sentido, afirma a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa (domínio do fato). (2012, p. 52.776)

De maneira mais direta, o Ministro Celso de Melo, sobre coautoria, diz:

Destarte, na coautoria funcional basta que os agentes tenham a ciência de que exercem, dentro da distribuição das diferentes funções atribuídas a cada um deles, parcela significativa do projeto criminoso, sem a qual a

empreitada jamais lograria sucesso. Se o agente desempenha uma função concreta e essencial para a realização da empreitada criminosa (i.e., sem a qual seria inviável o aperfeiçoamento do ilícito), revela-se inobjetable a sua condição de coautor, devendo responder pela prática do ilícito, afastando por completo as alegações de mero partícipe (2012, p. 52.845).

Como discutido no capítulo anterior, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida como método de imputação de autoria que tenta aperfeiçoar a objetividade pura da teoria restritiva. Esse aperfeiçoamento se dá principalmente nos casos em que há um mandante, dotado dos “aparatos de poder” (ROXIN, 2000, p. 679), por onde determina a concretização do injusto penal. Desse modo, não mais seria considerado partícipe o “homem de trás”, que domina o fato penal, sendo considerado, de fato, autor ou coautor.

Nesse sentido, ressalte-se que a teoria preocupa-se, essencialmente, em fundamentar e diferenciar os conceitos de autoria e participação. “Por isso, a construção da imputação do crime passa pelas seguintes etapas: 1) identificar que o agente *conhecia os fatos* e colaborou com a *empreitada criminosa*; 2) usar a *teoria do domínio dos fatos* (ou qualquer outra) para fixar sua responsabilidade como *autor* ou como *partícipe* do delito.” (BOTTINI, 2013).

Eis que, nesse ponto, a larga utilização da teoria na fundamentação dos ministros na Ação Penal n. 470 tem sido alvo de grande discussão entre juristas e doutrinadores. Para estes, muito além do simples enquadramento, a teoria vem sendo utilizada como fundamento de imputação de responsabilidade e não para, apenas, distinguir entre autores e partícipes (BOTTINI, 2013).

Faz-se notório que na fundamentação de alguns votos, os ministros se utilizam de uma presunção de responsabilidade ou “presunção *iuris tantum* de autoria” (BRASIL, 2012, p. 53.162) para determinar ao menos em parte a imputação dos réus. Isso se dá principalmente no que se refere à dirigentes das empresas ligadas à organização criminosa, onde se presume-se por sua mera hierarquia ou posição de comando o domínio dos fatos praticados em sua instituição.

A exemplo do afirmado, expõe-se do voto do Ministro Luiz Fux, o trecho que diz:

Importante salientar que, nesse esteiro âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *iuris tantum* de autoria” (BRASIL, 2012, p. 53.162).

Nesse sentido, discorre o Professor Pierpaolo Cruz Bottini, em seu artigo que diz:

Sabe-se que a fixação da autoria nos crimes empresariais é complexa, e muitas vezes a estrutura organizacional é voltada para ocultar os efetivos responsáveis pela determinação da conduta delitiva. E tal estratégia merece atenção, devendo ser minada por análises cuidadosas dos fluxos de poder e responsabilidade dentro das instituições — que, aliás, a corte fez com precisão em diversas oportunidades na AP 470 (BOTTINI, 2013).

Pugnam os doutrinadores, que tal raciocínio torna-se extremamente perigoso à correta aplicação da lei penal vigente, uma vez que flerta com a chamada “responsabilidade objetiva”, teoria que defende a responsabilização penal independentemente da análise do dolo ou da culpa e que não é admitida no Direito Penal brasileiro (BITENCOURT, 2013).

Seguindo tal linha, defende Bottini:

Em suma, a constatação que alguém tinha o domínio dos fatos do crime é relevante para a fixação da autoria, mas não é suficiente. A simples demonstração de que alguém é dirigente de uma empresa não significa que ele seja responsável por qualquer ato típico praticado em seu seio — exige-se a demonstração de que ele *conhecia os fatos e contribuiu* como *figura central* para sua prática. Tais atos devem ser demonstrados, descritos na inicial, e não *presumidos* pela posição hierárquica ocupada na estrutura institucional.

[...]

Enfim, fica a preocupação que a tese aventada em algumas manifestações durante o julgamento da AP 470 seja usada em situações outras, por operadores do Direito menos cautelosos do que o Supremo, e enseje um perigoso flerte da jurisprudência penal com a responsabilidade objetiva. (BOTTINI, 2013)

Na mesma posição se põe César Roberto Bittencourt, que sobre o assunto afirma:

Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o *poder de decisão* sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de

comando *determinou* a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva (BITENCOURT, 2013).

O próprio Claus Roxin reforça a posição, defendendo a necessidade de provas diretas para a imputação do domínio do fato ao caso concreto, conforme se afere da transcrição de trecho de sua entrevista à repórter do jornal Folha de São Paulo, que diz:

Folha: É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Roxin: Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.

[...]

Folha: O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade?

Roxin: A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção ["dever de saber"] é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados” (GRILLO, 2013).

Lenio Luiz Streck, dissertando sobre o caso, alerta para a possível utilização equivocada da teoria:

Em segundo lugar, parece haver uma excessiva abertura. Ela não revoga, e nem substitui, a questão fulcral da teoria do delito, que é a necessidade de se apurar efetivamente os pressupostos que a engendraram historicamente. Vejam: o que quero dizer é que a teoria (ou tese) não é aberta “em si”. Ela não foi engendrada para ser uma espécie de “cláusula aberta do Direito Penal”. Tampouco foi construída para ser um “mantra jurídico”. O problema, pois, é que a dogmática jurídica pode vir a transformá-la em uma “tese indeterminada”, algo como uma “teoria que sofre de anemia significativa”. (STRECK, 2013).

A inobservância do devido entendimento da teoria, bem como sua leviana aplicação com presunção de responsabilidade traz grande perigo a segurança jurídica do Processo Penal brasileiro. A produção de provas, observado o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal faz-se premente uma vez que forma e fundamenta a convicção do

magistrado e evita ao máximo eventuais erros de imputação, que, se ocorrerem, podem levar à decretação de pena indevida a um inocente.

Desta feita, vale ressaltar a lição de Rui Barbosa, para quem quanto maior a gravidade dos delitos imputados a determinado réu, maior a necessidade de se respeitar o princípio constitucional da presunção da inocência:

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito (BARBOSA, 1933)

De fato o Estado, em seu poder-dever punitivo, deve sempre seguir um rigor e uma eficiência de maneira a evitar ao máximo a impunidade e garantir a segurança da sociedade que dele depende. No entanto, excessos devem ser evitados. Deve-se sempre garantir a supremacia do princípio constitucional da presunção da inocência (desdobramento do princípio do devido processo legal), uma vez que trata-se bem intangível, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana e um dos princípios basilares do Estado de Direito.

CONCLUSÃO

Como já amplamente discutido no decorrer da presente pesquisa, o Direito Penal brasileiro acata como método de imputação de autoria, na hipótese de concurso de agentes, um conceito monista-restritivo que, no entanto, subjetiva em certo grau a conduta do agente de maneira empregar maior ou menor culpabilidade (e consequente maior ou menor valoração de pena) ao sujeito de acordo com sua influência na execução do crime.

Ao imputar o agente de determinada conduta supostamente delituosa, o magistrado deverá observar o disposto no art. 29 do Código Penal brasileiro e quantificará a concorrência deste para com a finalidade criminosa de maneira a penalizá-lo em proporção à medida de sua culpabilidade. Faz-se visível a postura monista onde todos são autores, modulados apenas pela qualidade de sua participação.

No caso concreto, entretanto, a complexidade da conduta de determinados sujeitos, voltados ao cometimento do delito, pode superar o simples enquadramento ao verbo típico e, muitas vezes, enseja ao magistrado uma interpretação das normas penais frente ao arcabouço teórico à disposição, de maneira a possibilitar a construção de um raciocínio jurídico melhor adequado à correta aplicação da lei.

A utilização da teoria do domínio do fato como fundamento de imputação dos réus da Ação Penal n. 470 exemplifica esta possibilidade. A teoria final-objetiva, ou teoria do domínio do fato dispõe que autor é aquele que domina finalmente o fato criminoso de maneira a deter domínio seja da ação que culmina no crime, seja da vontade daqueles que o fazem. Importa daí concluir que, para a referida teoria, o autor não é só aquele que, necessariamente, concorre ativamente (por meio de atos executórios diretos) ao crime.

De fato o domínio do fato expõe que o “homem de trás” (autor mediato), aquele que detém o controle de todos os detalhes do crime e dele tem o poder de autorizá-lo ou abortá-lo, deve ser considerado autor e responsabilizado diretamente pelo resultado criminoso. Isso não pressupõe a exclusão da culpabilidade do autor direto que será, se cometer o crime dolosamente, considerado coautor, detentor de domínio funcional do fato típico.

Se utilizando do elucidado raciocínio, o Procurador Geral da República ao desenvolver a denúncia ensejadora da Ação Penal n. 470 procurou no decorrer de toda a peça acusatória quantificar e qualificar a natureza do domínio possuído por cada um dos acusados na execução das condutas que culminaram nos alegados crimes. Partindo desta mesma premissa, o Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram pela condenação de vinte e cinco dos quarenta réus denunciados.

Ocorre que, em casos como o do réu José Dirceu, os fundamentos (de grande parte dos votos) que imputam a ele autoria funcional e posição central na quadrilha se baseiam em uma presunção *iuris tantum* de autoria, tal presunção é lastreada basicamente na posição hierárquica do indivíduo frente aos demais integrantes. Trata-se de indução não lastreada em provas diretas que comprovem fielmente a posição de comando ou, em outras palavras, de domínio.

É, portanto, neste ponto específico que a aplicação da teoria do domínio do fato ao caso concreto da Ação Penal n. 470 encontra uma possível óbice, uma vez que, segundo a teoria original (na interpretação dos principais juristas estudados), a posição de domínio frente ao fato típico deve ser incontroversa, consequentemente, diretamente comprovada.

A mera presunção de autoria por domínio do fato pode ocasionar em lesão ao princípio constitucional da presunção da inocência, que deve ser sempre resguardado posto sua posição como um dos princípios-base do Estado de Direito e cuja inobservância pode levar a um estado de insegurança jurídica. No caso em questão o dano pode ser ainda mais incisivo tendo em vista que tal entendimento vem diretamente da Corte Suprema.

Não obstante a aludida conclusão, deve-se mais uma vez lembrar que o caso continua em discussão no Supremo Tribunal Federal uma vez que para doze dos réus condenados haverá um novo julgamento de mérito frente à procedência de Embargos Infringentes interpostos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: UNB, 1997.

BARBOSA, Rui, *Novos discursos e conferências*. São Paulo: Saraiva, 1933.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: volume 1: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Conceito de autoria: A teoria do domínio do fato e a autoria colateral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Direito de Defesa: Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: STF tem 88 mil processos sob sua jurisdição*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiadetalhe.asp?idConteudo=169497&caixaBusca=N>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: volume 1: parte geral: (arts. 1o. a 120)*. 14a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FECILICANO, GUILHERME GUIMARAES. *Autoria e participação delitiva: da teoria do domínios do fato a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS - v.94 n.839 set., 2009.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. *Entrevista Claus Roxin: Participação no comando de esquema tem de ser provada*. Disponível em: <<http://www.1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848 de 7 de setembro de 1940: volume II*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: (uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos)*. Traduzido por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. 1a. ed. Barueri: Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, José Frederico Marques. *Tratado de direito penal: volume 1: propedêutica penal e norma penal*. Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. *Concurso de Pessoas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: volume 1: introdução e parte geral*. 39a. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral*. 9^a ed. Salvador: Podivm, 2013.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES, Cristiano. *Direito Penal: parte geral: volume 1*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Traduzido por Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Conceito de autoria: O mensalão e o "domínio do fato — tipo ponderação"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

TAVAREZ, Juarez. *Apostamentos de aula: UERJ — 2009*. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Traduzido por Afonso Celso Rezende. 1ª ed. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.